

Herrn
MR Dr. Eberhard Schollmeyer
Bundesministerium der Justiz
und für Verbraucherschutz
11015 Berlin

Düsseldorf, 27. August 2018
565
vorab per E-Mail: IIIA1@bmjv.bund.de

Institut der Wirtschaftsprüfer
in Deutschland e.V.

Wirtschaftsprüferhaus
Tersteegenstraße 14
40474 Düsseldorf
Postfach 32 05 80
40420 Düsseldorf

TELEFONZENTRALE:
+49 (0) 211 / 45 61 - 0

FAX GESCHÄFTSLEITUNG:
+49 (0) 211 / 4 54 10 97

INTERNET:
www.idw.de

E-MAIL:
info@idw.de

BANKVERBINDUNG:
Deutsche Bank AG Düsseldorf
IBAN: DE53 3007 0010 0748 0213 00
BIC: DEUTDE33XXX
USt-ID Nummer: DE119353203

Vorschlag der EU-Kommission vom 25.04.2018 für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie (EU) 2017/1132 in Bezug auf grenzüberschreitende Umwandlungen, Verschmelzungen und Spaltungen

Sehr geehrter Herr Dr. Schollmeyer,

wir danken Ihnen für die Einräumung der Möglichkeit zur Stellungnahme zu dem im Betreff genannten Entwurf (im Folgenden: RL-E).

Generelle Anmerkungen

Das Regelungsvorhaben, einen umfassenden Sekundärrechtsrahmen für grenzüberschreitende Umstrukturierungen innerhalb der EU zu schaffen, ist sehr zu begrüßen. In der konkreten Ausgestaltung erachten wir indes noch einige Verbesserungen bzw. eine Ausweitung des (u.E. primärrechtlich durch die Niederlassungsfreiheit bereits dem Grunde nach eröffneten) persönlichen und sachlichen Anwendungsbereichs für erforderlich oder jedenfalls für wünschenswert.

So ist es bedauerlich, dass die vorgesehenen Regelungen für grenzüberschreitende Umwandlungen (Formwechsel) und Spaltungen nur auf Kapital-, nicht aber auf Personenhandelsgesellschaften angewandt werden, obwohl auch letzteren der Schutz der Niederlassungsfreiheit nach Artikel 54 Abs. 2 AEUV zu-

GESCHÄFTSFÜHRENDER VORSTAND:
Prof. Dr. Klaus-Peter Naumann,
WP StB, Sprecher des Vorstands;
Dr. Klaus-Peter Feld, WP StB;
Dr. Daniela Kelm, RA LL.M.;
Melanie Sack, WP StB

Seite 2/12 zum Schreiben vom 27.08.2018 an das BMJV, Berlin

gutekommt. Nach dem Entwurf können Personenhandelsgesellschaften diesen Schutz (auch künftig) mangels Sekundärrechtsrahmens, der eine rechtssichere Abwicklung einer Umstrukturierung erlaubt, faktisch nicht in Anspruch nehmen. Gleiches gilt für die vorgesehene Beibehaltung der Begrenzung des persönlichen Anwendungsbereichs grenzüberschreitender Verschmelzungen auf Kapitalgesellschaften. Es sollte in Erwägung gezogen werden, zumindest solche Personenhandelsgesellschaften in den persönlichen Anwendungsbereich einzubeziehen, die weder unmittelbar noch mittelbar mindestens eine natürliche Person als persönlich haftenden Gesellschafter haben (siehe die Aufzählung dieser Rechtsformen in Anhang II i.V.m. Artikel 1 Abs. 1 Buchst. b der Bilanzrichtlinie (2013/34/EU)).

Zu Artikel 1 Nr. 2 und Nr. 3: Begriff Umwandlung (Kapitel -I RL-E)

In der deutschen Sprachfassung der Änderungsrichtlinie sollte anstelle des im Entwurf vorgesehenen Begriffs „Umwandlung“ der Begriff „Formwechsel“ verwendet werden. Nach der Terminologie des deutschen UmwG steht der Oberbegriff „Umwandlung“ für alle Ausprägungen von Umwandlungen (Verschmelzung, Spaltung, Vermögensübertragung und Formwechsel; vgl. § 1 Abs. 1 UmwG), während der Begriff „Formwechsel“ nur eine bestimmte Art einer (identitätswahrenden) Umwandlung bezeichnet.

Zu Artikel 1 Nr. 3: Missbrauchskontrolle (Artikel 86c Abs. 3, Artikel 86g Abs. 3 Buchst. b und Abs. 6, Artikel 86m Abs. 7 Buchst. c und Artikel 86n Abs. 1 RL-E)

Der Entwurf sieht vor, dass die Mitgliedstaaten sicherstellen, dass die zuständige Behörde des Wegzugsmitgliedstaats den grenzüberschreitenden Formwechsel nicht genehmigt (d.h. keine Vorabbescheinigung ausstellt), wenn sie nach Prüfung und unter Berücksichtigung aller relevanten Tatsachen und Umstände feststellt, dass eine künstliche Gestaltung mit dem Ziel vorliegt, unrechtmäßige Steuervorteile zu erlangen oder die gesetzlichen oder vertraglichen Rechte der Arbeitnehmer, Gläubiger oder Minderheitsgesellschafter unrechtmäßig zu beschneiden. Um die Behörde zu einem solchen Urteil zu befähigen, ist vorgesehen, dass der unabhängige Sachverständige in seinem schriftlichen Bericht über die Prüfung des grenzüberschreitenden Formwechsels alle hierfür erforderlichen Sachverhaltselemente „beschreibt“.

Wir halten eine solche Missbrauchskontrolle nicht nur für nicht erforderlich, sondern auch für praktisch nicht umsetzbar. Der Schutz der Arbeitnehmer, Gläubiger und Minderheitsgesellschafter des formwechselnden Rechtsträgers vor unrechtmäßiger Beschneidung ihrer gesetzlichen oder vertraglichen Rechte wird u.E. bereits hinreichend durch individuelle Schutzmechanismen der Änderungsrichtlinie gewährleistet (Arbeitnehmer: Artikel 86f und 86l RL-E; Gläubiger: Arti-

Seite 3/12 zum Schreiben vom 27.08.2018 an das BMJV, Berlin

kel 86k RL-E; Minderheitsgesellschafter: Artikel 86j RL-E; für alle Stakeholder zusätzlich: Artikel 86g RL-E). Dass der grenzüberschreitend formwechselnde Rechtsträger keine unrechtmäßigen Steuervorteile erlangt, muss durch Instrumente des (EU-)Steuerrechts sichergestellt werden, wie dies auch bereits heute vielfach der Fall ist. Praktisch nicht umsetzbar ist die vorgesehene allgemeine Missbrauchskontrolle, weil es regelmäßig an objektiven Maßstäben mangelt, wann die Erlangung von Steuervorteilen oder die Beschneidung gesetzlicher oder vertraglicher Rechte bestimmter Stakeholder als „unrechtmäßig“ einzustufen ist.

Soll indes an der allgemeinen Missbrauchskontrolle für grenzüberschreitende Formwechsel (und Spaltungen) festgehalten werden, ist es u.E. zwingend, dass eine solche Kontrolle auch für grenzüberschreitende Verschmelzungen vorgesehen wird. Andernfalls ließen sich die mit einem grenzüberschreitenden Formwechsel (oder einer grenzüberschreitenden Spaltung) verfolgten unrechtmäßigen Ziele vielfach unter Umgehung einer Missbrauchskontrolle durch eine grenzüberschreitende Verschmelzung verwirklichen.

Im Falle eines Festhaltens an der allgemeinen Missbrauchskontrolle ist zudem fraglich, auf welcher Grundlage die zuständige Behörde des Wegzugsmittgliedsstaats ihr Urteil trifft, wenn es sich bei dem formwechselnden Rechtsträger um ein Kleinunternehmen oder ein kleines Unternehmen i.S.d. Empfehlung 2003/361/EG der EU-Kommission handelt, das nach Artikel 86g Abs. 6 RL-E von der Anwendung des Artikels 86g RL-E zu befreien ist (d.h. nicht durch einen unabhängigen Sachverständigen geprüft werden muss, in dessen Bericht die Beschreibungen nach Artikel 86g Abs. 3 Buchst. b RL-E enthalten sein sollen).

Zu Artikel 1 Nr. 3: Plan für den Formwechsel – Inhalte und Sprache (Artikel 86d Abs. 1 Buchst. g und Abs. 2 RL-E)

Der Plan für die Umwandlung / den Formwechsel soll die Angabe des Tages enthalten, von dem an die Handlungen der im Wegzugsmittgliedsstaat gegründeten und eingetragenen Gesellschaft unter dem Gesichtspunkt der Rechnungslegung als für Rechnung der umgewandelten Gesellschaft bzw. der Gesellschaft neuer Rechtsform vorgenommen gelten (Artikel 86d Abs. 1 Buchst. g RL-E).

Einer solchen Regelung im Plan bedarf es insoweit nicht, als ein Tag feststehen wird, von dem an die maßgebenden Rechnungslegungsgrundsätze nach dem Recht des Zuzugsmittgliedsstaats vom Rechtsträger anzuwenden sind: Dies ist der Tag, an dem der Formwechsel durch seine Eintragung in das Register des Zuzugsmittgliedsstaats wirksam wird (Artikel 86r RL-E). Da der genaue Tag der Eintragung außerhalb des Einflussbereichs des formwechselnden Rechtsträgers liegt, kann dieser den Tag für Zwecke der Angabe im Plan für den Form-

Seite 4/12 zum Schreiben vom 27.08.2018 an das BMJV, Berlin

wechsel nicht vorhersehen. Die Änderungsrichtlinie kann u.E. dem formwechselnden Rechtsträger ferner nicht die Möglichkeit eröffnen, den Beginn der Rechnungslegung nach den Vorschriften, die im Zuzugsmitgliedstaat gelten, auf einen Tag vor Wirksamwerden des Formwechsels zu verlegen. Vor diesem Hintergrund sollte Buchst. g gestrichen werden.

In Artikel 86d Abs. 2 Satz 1 sollte geregelt werden, dass nach dem vorgesehenen Mitgliedstaatenwahlrecht der Plan *anstelle* der Amtssprachen des Wegzugs- und des Zuzugsmitgliedstaats in einer in der internationalen Wirtschafts- und Finanzwelt gebräuchlichen Sprache (regelmäßig also in englischer Sprache) erstellt werden darf. Dies würde es dem formwechselnden Rechtsträger erlauben, den Plan stets nur in *einer* Sprache zu erstellen, und damit Kosteneinsparungen und Erleichterungen mit sich bringen. Für den Fall der gleichzeitigen Erstellung verschiedener Sprachfassungen des Plans sollte in Abs. 2 Satz 2 geregelt werden, dass nicht die Mitgliedstaaten in ihrem jeweiligen nationalen Recht, sondern der Rechtsträger im Plan festlegt, welche Sprache bei Abweichungen zwischen den verschiedenen Sprachfassungen maßgebend ist. Andernfalls besteht die Gefahr sich widersprechender Festlegungen in den beteiligten Mitgliedstaaten.

Zu Artikel 1 Nr. 3: Bericht des unabhängigen Sachverständigen (Artikel 86g Abs. 3 Buchst. b RL-E)

Unabhängig davon, dass wir uns gegen eine gesonderte Missbrauchskontrolle als Voraussetzung für die Ausstellung der erforderlichen Vorabbescheinigung durch den Wegzugsmitgliedstaat aussprechen (siehe oben), halten wir die Formulierungen einiger der Anforderungen an den schriftlichen Bericht des unabhängigen Sachverständigen nach Artikel 86g Abs. 3 Buchst. b RL-E (Mindestinhalte) für konkretisierungsbedürftig: Sofern mit „Gliederung der Bilanz“ für dem HGB unterliegende Rechtsträger die Gliederung nach § 266 Abs. 2 und 3 HGB gemeint ist, ist u.E. fragwürdig, welcher Nutzen von dieser Information für die Missbrauchskontrolle ausgehen soll. Offen bleibt zudem, ob die Bilanz des Jahres-/Einzelabschlusses oder die Bilanz eines etwaigen Konzernabschlusses zugrunde zu legen ist. Zum anderen ist unklar, wie der Ort der „Belegenheit“ solcher Vermögenswerte/-gegenstände (oder Gruppen solcher i.S.v. Bilanzposten) beschrieben werden soll, die keine physische Substanz haben und auch nicht in einem (Rechte-)Register eingetragen sind. Wonach bestimmt sich bspw. der Ort der Belegenheit einer Forderung aus Lieferungen und Leistungen? Infrage könnte hier der Wohn- bzw. Satzungs- oder Verwaltungssitz des Schuldners kommen.

Seite 5/12 zum Schreiben vom 27.08.2018 an das BMJV, Berlin

Zu Artikel 1 Nr. 3: Prüfung der Angemessenheit eines Barabfindungsangebots (Artikel 86j Abs. 5 RL-E)

Anders als für die grenzüberschreitende Verschmelzung (vgl. Artikel 126a Abs. 5 RL-E) sieht der Entwurf für grenzüberschreitende Formwechsel nicht vor, dass das bestimmten Gesellschaftern des formwechselnden Rechtsträgers zu unterbreitende Barabfindungsangebot durch den unabhängigen Sachverständigen i.S.d. Artikels 86g RL-E auf Angemessenheit zu prüfen ist. Dies sollte zusätzlich geregelt werden.

Zu Artikel 1 Nr. 3: Wirkungen des Formwechsels (Artikel 86s Abs. 1 Buchst. a bis c RL-E)

Bei der Beschreibung der Rechtswirkungen eines grenzüberschreitenden Formwechsels sollte sich die EU-Gesetzgeber an der Formulierung des § 202 Abs. 1 UmwG orientieren und auf die einen Rechtsträgerwechsel suggerierenden Begriffe „übertragen“, „übergehen“ und „[Gesellschafter] werden“ verzichten.

Zu Artikel 1 Nr. 3: Haftung des unabhängigen Sachverständigen (Artikel 86t RL-E)

Artikel 86t RL-E sieht – weitergehend als derzeit Artikel 107 (für nationale Verschmelzungen) und Artikel 152 GesRRL (für nationale Spaltungen) – auch mit Blick auf den Bericht des unabhängigen Sachverständigen nach Artikel 86g RL-E vor, dass die Mitgliedstaaten Vorschriften erlassen, in denen mindestens die zivilrechtliche Haftung des unabhängigen Sachverständigen für „Fehlverhalten“ bei der Erfüllung seiner Aufgaben geregelt ist. Diese Haftung sollte auf eine Haftung *gegenüber Gesellschaftern* des formwechselnden Rechtsträgers beschränkt sein. Mit Blick auf den Bericht eines unabhängigen Sachverständigen nach § 86k Abs. 3 Buchst. a RL-E („Gläubigerschutzbericht“) sollte eine Beschränkung der Haftung gegenüber den Gläubigern des formwechselnden Rechtsträgers erfolgen.

Begrifflich sollte anstelle von „Fehlverhalten“ der Begriff „schuldhaftes Verhalten“ (wie in Artikel 107 und 152 GesRRL) verwendet werden, um eine anwenderfreundliche einheitliche Terminologie zu wahren.

Zu Artikel 1 Nr. 7: Plan für die Verschmelzung – Sprache (Artikel 122 Unterabs. 2 RL-E)

Unsere Anmerkungen zur Sprache des Plans beim grenzüberschreitenden Formwechsel in Artikel 86d Abs. 2 RL-E gelten für die grenzüberschreitende Verschmelzung entsprechend.

Seite 6/12 zum Schreiben vom 27.08.2018 an das BMJV, Berlin

Zu Artikel 1 Nr. 8: Rechnungslegungsstichtag bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen (Artikel 122a RL-E)

Mit Artikel 122a RL-E soll eine Regelung in die Richtlinie über bestimmte Aspekte des Gesellschaftsrechts (2017/1132, im Folgenden: GesRRL) eingefügt werden, durch die für Fälle grenzüberschreitender Verschmelzungen Anforderungen an einen sog. Rechnungslegungsstichtag aufgestellt werden sollen. In der vorgesehenen Ausgestaltung begegnet die Regelung diversen Bedenken:

Abs. 1 Unterabs. 1 adressiert Fälle, in denen die aus der grenzüberschreitenden Verschmelzung hervorgehende Gesellschaft (in der Terminologie des UmwG: der übernehmende [Verschmelzung durch Aufnahme] bzw. der neue Rechtsträger [Verschmelzung durch Neugründung]) Jahresabschlüsse nach den nach der IAS-Verordnung in EU-Recht übernommenen IFRS aufstellt. Unser Verständnis ist, dass die Regelung in der vorgesehenen Fassung für dem deutschen Recht unterliegende übernehmende bzw. neue Rechtsträger ins Leere läuft, weil diese ihre Jahres- (= Einzel-)Abschlüsse nach geltendem deutschen Handelsbilanzrecht stets nach Maßgabe der HGB-Vorschriften aufstellen müssen (allein für Zwecke der Konzernrechnungslegung kommt die Aufstellung sog. befreiender IFRS-Konzernabschlüsse nach § 315e HGB sowie für Zwecke der Bekanntmachung im Bundesanzeiger nach § 325 Abs. 2 HGB die befreiende Offenlegung sog. IFRS-Einzelabschlüsse nach § 325 Abs. 2a und 2b HGB in Betracht).

Fraglich ist das Zusammenspiel von Unterabs. 1 und Unterabs. 2 des Abs. 1. Wir vermuten, dass durch Unterabs. 2 die Fälle abschließend (d.h. losgelöst von Unterabs. 1) geregelt werden sollen, die nicht in den persönlichen Anwendungsbereich von Unterabs. 1 fallen. Sollte unsere Vermutung richtig sein, sollte eine entsprechende Klarstellung erfolgen.

Nach Abs. 1 Unterabs. 2 soll grundsätzlich der Tag des (zivilrechtlichen) Wirksamwerdens der Verschmelzung der nach Artikel 122 Unterabs. 1 Satz 2 Buchst. f RL-E im gemeinsamen Verschmelzungsplan festzulegende Rechnungslegungsstichtag sein. Dieser Grundsatz würde zu praktisch nicht handhabbaren Problemen führen: Der Rechnungslegungsstichtag einer grenzüberschreitenden Verschmelzung ist der Stichtag (Zeitpunkt), von dem an die Handlungen der sich verschmelzenden Gesellschaften unter dem Gesichtspunkt der Rechnungslegung als für Rechnung der aus der grenzüberschreitenden Verschmelzung hervorgehenden Gesellschaft vorgenommen gelten. Die Schlussbilanz des bzw. der übertragenden Rechtsträger(s) ist nach h.M. auf den Tag aufzustellen, der dem Rechnungslegungsstichtag unmittelbar vorangeht. Das setzt voraus, dass die für die Aufstellung der Schlussbilanz zuständigen gesetzlichen Vertreter als solche noch „im Amt“ sind. Mit Wirksamwerden der Verschmelzung

Seite 7/12 zum Schreiben vom 27.08.2018 an das BMJV, Berlin

erlöschen indes der bzw. die übertragende(n) Rechtsträger (Artikel 131 Abs. 1 Buchst. c und Abs. 2 Buchst. c GesRRL) und damit auch deren Organe.

Vom (faktisch nicht anwendbaren) Grundsatz Abweichendes soll gelten, wenn die sich verschmelzenden Gesellschaften im Verschmelzungsplan einen anderen Tag als Rechnungslegungsstichtag festlegen. In diesem Fall soll der festgelegte Tag bestimmten Restriktionen unterliegen. Diese Restriktionen sind einerseits rückblickender, andererseits in die Zukunft gerichteter Natur:

Zum einen soll der Rechnungslegungsstichtag „nicht vor dem Bilanzstichtag des letzten Jahresabschlusses liegen [dürfen], der von einer der sich verschmelzenden Gesellschaften aufgestellt und veröffentlicht wird“ (Buchst. a). Dies wäre ein Bruch mit dem derzeit im UmwG vorgesehenen Konzept, wonach der Verschmelzungsstichtag prinzipiell frei wählbar ist. Eine tatsächliche Einschränkung der Wahlfreiheit resultiert allein daraus, dass (jedenfalls für nationale Verschmelzungen) der Stichtag der Schlussbilanz eines übertragenden Rechtsträgers nach h.M. der Kalendertag ist, der dem Verschmelzungsstichtag (§ 5 Abs. 1 Nr. 6 UmwG) unmittelbar vorangeht, und dieser Schlussbilanzstichtag zum Zeitpunkt der Anmeldung der Verschmelzung beim Register nicht mehr als acht Monate in der Vergangenheit liegen darf (§ 17 Abs. 2 Satz 4 ggf. i.V.m. § 122a Abs. 2 UmwG). Ferner stellt sich die Frage, was der Referenzzeitpunkt für die Beurteilung ist, welcher Jahresabschluss der *letzte* Jahresabschluss ist (Zeitpunkt des ggf. aufschiebend bedingten Abschlusses des Verschmelzungsplans? Zeitpunkt des Zustimmungsbeschlusses der [letzten] Gesellschafterversammlung?)? Nach unserem Verständnis ist der zum Referenzzeitpunkt letzte Bilanzstichtag gemeint, auf den von einer der sich verschmelzenden Gesellschaften ein Jahresabschluss aufzustellen ist.

Zum anderen soll der individuell im Verschmelzungsplan festgelegte Rechnungslegungsstichtag „es der aus der grenzüberschreitenden Verschmelzung hervorgehenden Gesellschaft ermöglichen [müssen], ihren Jahresabschluss, der den Auswirkungen der Verschmelzung Rechnung trägt, im Einklang mit dem Unionsrecht und dem Recht der Mitgliedstaaten zum Bilanzstichtag unmittelbar nach dem Tag aufzustellen, an dem die grenzüberschreitende Verschmelzung wirksam wird“ (Buchst. b).

Mit dem „Bilanzstichtag unmittelbar nach dem Tag [...], an dem die grenzüberschreitende Verschmelzung wirksam wird“ kann u.E. – jedenfalls im Falle von Verschmelzungen durch Aufnahme – nur der *nächste reguläre* (d.h. satzungsmäßige) Abschlussstichtag des übernehmenden Rechtsträgers nach dem Tag des Wirksamwerdens der Verschmelzung gemeint sein.

Seite 8/12 zum Schreiben vom 27.08.2018 an das BMJV, Berlin

In Abs. 3 der deutschsprachigen Fassung sollte der Begriff „recognition“ mit „Ansatz“ (und nicht mit „Anerkennung“) übersetzt werden (und in der englischsprachigen Fassung anstelle des Begriffs „valuation“ der Begriff „measurement“ verwendet werden). Ferner ist fraglich, warum die Regelung des Abs. 3 nur für die grenzüberschreitende „Verschmelzung durch Aufnahme“ (und nicht auch für die Verschmelzung durch Neugründung) gelten soll.

Zu Artikel 1 Nr. 16: Wirkungen der grenzüberschreitenden Verschmelzung (Artikel 131 Abs. 1 Buchst. a und Abs. 2 Buchst. a RL-E)

Nach der vorgeschlagenen Neufassung des Artikels 131 Abs. 1 Buchst. a und Abs. 2 Buchst. a GesRRL soll die Eintragung einer grenzüberschreitenden Verschmelzung nicht nur – wie die bisherigen Fassungen – den Übergang des gesamten Aktiv- und Passivvermögens der übertragenden Gesellschaft bzw. der sich verschmelzenden Gesellschaften auf die übernehmende bzw. die neue Gesellschaft bewirken. Weitergehend soll geregelt werden, dass das übergehende Aktiv- und Passivvermögen von der übernehmenden bzw. der neuen Gesellschaft „weitergeführt“ wird. Unseres Erachtens sollte an den bisherigen Formulierungen festgehalten werden, um Fragen zur Bedeutung der „Weiterführung“ für die *Bewertung* des Aktiv- und Passivvermögens zu vermeiden.

Sollte an der vorgesehenen Ergänzung dessen ungeachtet festgehalten werden, sollte indes aus deutscher Sicht durch Erwähnung in den Erwägungsgründen, besser aber noch durch entsprechende Formulierung der Änderungsrichtlinie selbst, sichergestellt werden, dass sich die Weiterführung des gesamten Aktiv- und Passivvermögens nur auf eine Weiterführung dem Grunde nach und nicht etwa auch der Höhe (dem Werte) nach erstreckt. Andernfalls wäre jedenfalls bei grenzüberschreitenden (Herein-)Verschmelzungen eine Bilanzierung des Reinvermögenszugangs beim übernehmenden (deutschen) Rechtsträger nach dem allgemeinen Anschaffungskostenprinzip gemäß §§ 253 Abs. 1, 255 Abs. 1 HGB, dem im deutschen Umwandlungsrecht geltenden Regelfall, künftig nicht mehr möglich. Vielmehr käme nur noch eine sog. Buchwertverknüpfung nach § 122a Abs. 2 i.V.m. § 24 UmwG (d.h. die Übernahme der Buchwerte der Vermögenswerte/-gegenstände und Schulden aus einer umwandlungsrechtlichen Schlussbilanz des übertragenden Rechtsträgers in die Rechnungslegung des übernehmenden Rechtsträgers als dem im deutschen Umwandlungsrecht vom Gesetz zugelassenen Ausnahmefall) in Betracht; dies aber wohl auch nur insoweit, als diese Buchwerte mit dem nationalen Rechnungslegungsrecht des übernehmenden Rechtsträgers vereinbar sind (vgl. zur Bilanzierung des Zugangs aus einer Verschmelzung nach dem allgemeinen Anschaffungskostenprinzip und nach der Buchwertverknüpfung im Allgemeinen die *IDW Stellung-*

Seite 9/12 zum Schreiben vom 27.08.2018 an das BMJV, Berlin

nahme zur Rechnungslegung: Auswirkungen einer Verschmelzung auf den handelsrechtlichen Jahresabschluss (IDW RS HFA 42), Tz. 36 ff. und Tz. 60 ff., sowie im Besonderen im Falle der grenzüberschreitenden Herein-Verschmelzung Tz. 86 ff.).

Zu Artikel 1 Nr. 19: Haftung des unabhängigen Sachverständigen (Artikel 133a RL-E)

Unsere Anmerkungen zu Artikel 86t RL-E betreffend die zivilrechtliche Haftung des unabhängigen Sachverständigen beim grenzüberschreitenden Formwechsel gelten für die grenzüberschreitende Verschmelzung entsprechend.

Zu Artikel 1 Nr. 20: Zulässige Formen der grenzüberschreitenden Spaltung (Artikel 160b Nr. 2 und Nr. 3 Buchst. a und b RL-E)

Nach den vorgeschlagenen Regelungen des neuen Kapitels IV sollen grenzüberschreitende Spaltungen von Kapitalgesellschaften nur in Form der Auf- oder Abspaltung, nicht jedoch in Form der Ausgliederung, und zudem jeweils nur zur Neugründung, nicht jedoch zur Aufnahme durchgeführt werden können.

Dies ist mit Blick auf die Regelungen der GesRRL zur nationalen Spaltung, die nur den Fall der Aufspaltung behandeln (Artikel 136 Abs. 1 und Artikel 155 Abs. 1), zwar ein Fortschritt; es sollten aber Spaltungen – jedenfalls sofern sie grenzüberschreitend stattfinden – auch in Form der Ausgliederung ausdrücklich in den Anwendungsbereich der GesRRL aufgenommen werden.

Ein Rückschritt gegenüber den Regelungen der GesRRL zur nationalen Spaltung wäre es, eine grenzüberschreitende Spaltung nur zur Neugründung zuzulassen, obwohl nationale (Auf-)Spaltungen auch zur Aufnahme („Übernahme“) durchgeführt werden können (Artikel 136 Abs. 1). Die in Erwägungsgrund 38 des RL-E für diese Beschränkung genannten Gründe überzeugen nicht: So sollen „[g]renzüberschreitende Spaltungen, bei denen eine Gesellschaft ihr Aktiv- und Passivvermögen auf mehr als eine bestehende Gesellschaft überträgt, [...] von dieser Richtlinie ausgenommen [sein], da diese Fälle als sehr komplex angesehen werden, die Beteiligung der zuständigen Behörden mehrerer Mitgliedstaaten erfordern und zusätzliche Betrugs- und Umgehungsrisiken bergen“. Jedenfalls die ersten beiden Argumente treffen auf jede grenzüberschreitende Spaltung (auch die zur Neugründung), weitergehend sogar auf jede grenzüberschreitende Umstrukturierung, zu. Eine Fundierung, warum eine grenzüberschreitende Spaltung zur Aufnahme (gegenüber einer solchen zur Neugründung) zusätzliche Betrugs- und Umgehungsrisiken birgt, lässt der Erwägungsgrund vermissen. Unseres Erachtens bestehen jedenfalls keine zusätzlichen Risiken aufgrund der Ausgestaltung einer grenzüberschreitenden Spaltung als ei-

Seite 10/12 zum Schreiben vom 27.08.2018 an das BMJV, Berlin

ne solche zur Aufnahme. Ferner handelt es sich bei einer Spaltung um ein wesensgleiches Minus zur Verschmelzung („Teilverschmelzung“). Es wäre wertungswidersprüchlich eine grenzüberschreitende (Voll-)Verschmelzung sowohl zur Neugründung als auch zur Aufnahme zuzulassen, eine grenzüberschreitende Spaltung hingegen allein zur Neugründung. Die Änderungsrichtlinie sollte in Anbetracht dessen auch die grenzüberschreitende Spaltung zur Aufnahme vorsehen.

Zu Artikel 1 Nr. 20: Missbrauchskontrolle (Artikel 160d Abs. 3, Artikel 160i Abs. 3 Buchst. f und Abs. 6, Artikel 160o Abs. 7 Buchst. c und Artikel 160p Abs. 1 RL-E)

Unsere obigen Anmerkungen zum fehlenden Erfordernis und zur fehlenden Praktikabilität einer allgemeinen, gesonderten Missbrauchskontrolle beim grenzüberschreitenden Formwechsel gelten für die grenzüberschreitende Spaltung entsprechend.

Zu Artikel 1 Nr. 20: Plan für die Spaltung – Sprache (Artikel 160e Abs. 4 RL-E)

Unsere Anmerkungen zur Sprache des Plans beim grenzüberschreitenden Formwechsel in Artikel 86d Abs. 2 RL-E gelten für die grenzüberschreitende Spaltung entsprechend.

Zu Artikel 1 Nr. 20: Rechnungslegungsstichtag bei grenzüberschreitenden Spaltungen (Artikel 160f RL-E)

Die zur Bestimmung des Rechnungslegungsstichtags für grenzüberschreitende Spaltungen vorgesehenen Regelungen entsprechen weitgehend den Regelungen in Artikel 122a RL-E für grenzüberschreitende Verschmelzungen. Daher gelten unsere diesbezüglichen Anmerkungen zu Artikel 160f RL-E entsprechend.

Ferner ist fraglich, warum Artikel 160f Abs. 1 RL-E nicht in Entsprechung zu § 122a Abs. 1 Unterabs. 1 RL-E eine Regelung für diejenigen Fälle vorsieht, in denen der oder die begünstigten Rechtsträger ihre Jahresabschlüsse nach den in EU-Recht übernommenen IFRS aufstellen.

Ergänzend zu der sinngemäßen Anwendung der Anforderungen für die grenzüberschreitende Verschmelzung an einen vom Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Umwandlung abweichenden Rechnungslegungsstichtag (faktischer Regelfall; siehe oben) sieht Artikel 160f Abs. 1 Unterabs. 3 Buchst. b RL-E vor, dass dieser Rechnungslegungsstichtag im Falle der grenzüberschreitenden Spaltung (zur Neugründung) nicht vor dem Tag liegen darf, an dem die (oder der) begünstigte(n) Rechtsträger (jeweils) gegründet wurde(n). Eine derartige Ein-

Seite 11/12 zum Schreiben vom 27.08.2018 an das BMJV, Berlin

schränkung (Normierung) des Rechnungslegungsstichtags stünde im Widerspruch zum (bewährten) geltenden deutschen Recht für nationale Spaltungen (§ 126 Abs. 1 Nr. 6 UmwG): Dieses ist von dem Grundgedanken geprägt, dass der übertragende Rechtsträger ab einem bestimmten – prinzipiell frei wählbaren – (Spaltungs-)Stichtag, seine Handlungen für Rechnung des übernehmenden Rechtsträgers vornimmt. Hierin liegt eine äußerst praxisrelevante Vereinfachung (siehe insoweit auch den Wortlaut des Artikels 160f Abs. 1 Unterabs. 1 und 2 RL-E), die im Übrigen gerade auch deshalb unabhängig davon gewährt wird, ob es sich um eine Spaltung zur Aufnahme oder zur Neugründung handelt. Mithin wäre die mit Buchst. b verbundene Einschränkung bei der Wahl des Rechnungslegungsstichtags – wie nicht zuletzt die Erfahrungen im nationalen Umwandlungsrecht zeigen – keine sinnvolle oder gar notwendige Einschränkung des Wahlrechts.

Zu Artikel 1 Nr. 20: Prüfung der Angemessenheit eines Barabfindungsangebots (Artikel 160l Abs. 5 RL-E)

Unsere Anmerkungen zur fehlenden Verankerung einer Pflicht zur Prüfung der Angemessenheit der anzubietenden Barabfindung beim grenzüberschreitenden Formwechsel in Artikel 86j Abs. 5 RL-E gelten für die grenzüberschreitende Spaltung entsprechend.

Zu Artikel 1 Nr. 20: Wirkungen der grenzüberschreitenden Spaltung (Artikel 160u Abs. 1 Buchst. a und Abs. 3 Buchst. a RL-E)

Unsere Anmerkungen hinsichtlich des Verständnisses des Begriffs „Weiterführung“ bei der grenzüberschreitenden Verschmelzung in Artikel 131 RL-E gelten für die grenzüberschreitende Spaltung sinngemäß.

Zu Artikel 1 Nr. 20: Haftung des unabhängigen Sachverständigen (Artikel 160v RL-E)

Unsere Anmerkungen zu Artikel 86t RL-E betreffend die zivilrechtliche Haftung des unabhängigen Sachverständigen beim grenzüberschreitenden Formwechsel gelten für die grenzüberschreitende Spaltung entsprechend.

Sonstiges: Erleichterungen für grenzüberschreitende Konzernspaltungen

Uns ist im Übrigen aufgefallen, dass der Entwurf keine speziellen Erleichterungen für grenzüberschreitende Konzernspaltungen als dem mutmaßlich größten Anwendungsfall von (grenzüberschreitenden) Spaltungen vorsieht, anders als die gegenwärtige GesRRL in Artikel 154 für nationale Spaltungen und anders als die im Entwurf vorgesehenen Ausweitungen der Erleichterungen für grenzüberschreitende Konzernverschmelzungen (Artikel 119 Nr. 2 Buchst. d und Arti-

Seite 12/12 zum Schreiben vom 27.08.2018 an das BMJV, Berlin

kel 132 Abs. 1 RL-E). Soweit ihr Fehlen nicht nur dem Umstand geschuldet ist, dass der Entwurf keine grenzüberschreitende Spaltung zur Aufnahme vorsieht, und daran – entgegen unserem Petitem – festgehalten werden soll, sollten solche Erleichterungen im weiteren Gesetzgebungsverfahren noch in die Änderungsrichtlinie aufgenommen werden.

Wir hoffen, dass die Bundesregierung die vorstehenden Anregungen aufgreifen und in das EU-Gesetzgebungsverfahren einbringen wird. Für etwaige Rückfragen stehen wir gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

Dr. Kelm